

el art. 33.3 del reciente Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil establece que «[e]n aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español». No obstante, esta aplicación supletoria de nuestra legislación, prevista con carácter potestativo, no parece que vaya a modificar sensiblemente los hábitos judiciales, pues los tribunales ya la ponen usualmente en práctica. Por otro lado, de mucha mayor trascendencia es la iniciativa científica encaminada a que la Unión Europea se dote para la Parte General del DIPr de unas reglas uniformes, las cuales deberían, sin duda, abordar la cuestión de la alegación y prueba del Derecho extranjero, decantándose por una solución que acabe dejando en manos del juez la inexcusable determinación del contenido de la ley extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto [KIENINGER. E.-M., «Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts», en LEIBLE, S. y UNBERATH, H. (ed.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Jena, JWV, 2013, p. 499]. De la suerte que corra este instrumento comunitario, hoy embrionario, puede depender que, en un futuro cercano, no nos volvamos a topar con casos como el que está en el origen de estas páginas.

Josep M. FONTANELLAS MORELL*
 Universidad de Lleida

2014-31-Pr

SUCESIÓN TESTAMENTARIA.—Escritura de manifestación y adjudicación de herencia.—Impugnación.—Derechos que por ministerio de la ley le corresponden al cónyuge supérstite.—Preterición.—Sujeción a los propios actos.

Preceptos aplicados: arts. 9.1, 9.2, 9.3, 9.8, 12, 13, 814, 816, 837, 838 y 851 CC.

Sentencia TS (Sala 1.^a) núm. 624/2013 de 28 abril de 2014. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2014/2795

4. En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la aplicación sistemática de los arts. 9.2 y 9.8, in fine, del Código Civil lleva a que los derechos sucesorios de doña Ariadna, como cónyuge supérstite, deban ser regulados de acuerdo con el sistema sucesorio español. Así se desprende de la escritura pública de capitulaciones prenupciales, de 17 de febrero de 2004, en donde los otorgantes, para el caso de celebración del proyectado matrimonio, hicieron constar su residencia habitual común en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.

Por otra parte, y dentro del debate planteado, también debe señalarse que, en el presente caso, no resulta aplicable la doctrina de los actos propios, (STS de 15 de junio de 2012, núm. 399/2012), pues la mera disposición de algunos derechos o bienes de la herencia, por la aquí recurrente, no constituyen actos inequívocos y concluyentes en orden a la renuncia de los derechos hereditarios que legalmente le corresponden; de la

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado «La aplicación de los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado por los tribunales españoles: balance y perspectivas», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, y con referencia DER2012-36920.

misma forma que la aceptación o conformidad prestada, en su momento, en la escritura de manifestación y adjudicación de la herencia de don Pablo, el 25 de julio de 2006, no condiciona o desacredita el «interés jurídicamente atendible» de la pretensión ejercitada, máxime cuando se sustenta en la correcta aplicación de una regla imperativa dispuesta por la norma y, en donde, por lo demás, la parte recurrente resulta totalmente ajena a la causa de nulidad observada (STS de 29 de octubre de 2012, núm. 619/2012).

Nota. 1. Cuando ya suena la marcha atrás que convertirá al art. 9.8 CC en una regla con un ámbito reducido a las sucesiones interregionales, el TS nos obsequia con una sentencia que, si no plena por su enjundia —la solución jurídica es simple—, sí resulta atractiva por su supuesto de hecho y, cómo no, por la oportunidad que nos da de comparar la solución con la que se hubiese dado y se dará en su momento por el Reglamento 650/2012, aplicable a las sucesiones de causantes que fallezcan tras el 17 de agosto de 2015 o más tarde.

El supuesto es sencillo de describir, incluso con sus matices. El causante italiano con última residencia habitual en España hizo testamento en 1973 instituyendo sus herederos universales a sus dos hermanos; contrajo matrimonio en 2004, con capitulaciones matrimoniales en las que se eligió el Derecho común como rector de las mismas y el régimen de separación de bienes como régimen económico del matrimonio. Son hechos probados que la escritura de manifestación y adjudicación de herencia fue el resultado de un proceso de negociación más o menos largo en el que todos los interesados llegaron a un acuerdo: el cónyuge superviviente, el hermano instituido y las cuatro hijas del otro hermano instituido. La ley aplicable en cuya virtud decidieron realizar escritura de manifestación y adjudicación de la herencia fue la italiana; ley nacional del causante. Con posterioridad, una de las sobrinas plantea demanda para que se declare la nulidad de la escritura y se reintegre al caudal hereditario la totalidad de los bienes adjudicados para una posterior partición y adjudicación. La razón —la que a nosotros nos interesa— es la vulneración de lo dispuesto en el art. 9.8 *in fine* CC, en cuanto a los derechos que por ministerio de la ley le corresponden al cónyuge superviviente.

Aunque la estructura del caso es simple, analizaré algunos aspectos interesantes en relación con la ley aplicable a los efectos del matrimonio, así como determinados planteamientos de las partes que invitan a la reflexión, dado que la solución del TS es escueta y acertada en el estricto plano de la interpretación del art. 9.8 CC.

2. Sabemos que una de las dificultades en la aplicación del art. 9.8 *in fine* CC es precisamente determinar el alcance de la remisión a la ley reguladora de «los efectos del matrimonio» [FONTANELLAS MORELL, J. M., «Reflexiones sobre el apartado 3.º del art. 9 del Código Civil», *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, M. T. ARECES PIÑOL (coord.), Granada, Comares, 2009, pp. 355-370] y otra cómo la ratio de la norma decae cuando las partes han hecho uso de su autonomía de la voluntad eligiendo un régimen económico que no es el régimen legal subsidiario previsto por la ley aplicable (ÁLVARO GONZÁLEZ, S., «Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge superviviente y el reenvío», *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, 2004, pp. 131-157). Este supuesto es muy ilustrativo sobre ambos temas. Sobre el primero, para simplificarlo: es uno de esos escasos casos en los que los contrayentes hicieron uso de la facultad que les brinda el art. 9.2, regla 2.ª del CC: «la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio». El día antes de la celebración del matrimonio se pactaron capitulaciones con sometimiento al Derecho común, algo

que, no se sabe con qué finalidad, la viuda demandada trata de negar como elección de la ley española, que no obstante consideraría aplicable por ser la de la primera residencia habitual común de los cónyuges. Ciertamente puede haber diferencias entre que una ley sea aplicable como consecuencia de su elección o como resultado de una determinación objetiva, por ejemplo, a efectos de reenvío o de la operatividad de una cláusula de excepción, pero en este caso concreto, es irrelevante. Sobre el segundo, baste señalar que aunque la ley aplicable a los efectos del matrimonio es la del CC, cuyo régimen económico legal subsidiario es el de la comunidad de gananciales, en las mismas capitulaciones se pactó el régimen de separación de bienes: ejemplo paradigmático de inadecuación de la adaptación pretendida por el inciso final del art. 9.8 CC: teóricamente —y con todas las salvedades que ahora no es menester realizar— la combinación de un régimen de separación de bienes con unos derechos sucesorios escasos, como es el usufructo de dos tercios de la herencia, es precisamente, uno de los supuestos que se tratan de combatir. Paradójicamente es en este caso, el resultado de la aplicación de la norma.

3. La cuestión sucesoria, una vez constatada la ley aplicable a la sucesión —italiana— y determinada la aplicable a los efectos del matrimonio, española común, debería ser aplicar en sus propios términos la normativa. No obstante, el supuesto plantea interesantes matices. Como se recoge en la sentencia, la herencia fue distribuida de conformidad con la ley italiana de la última nacionalidad del causante. La impugnación bien puede venir dada por el hecho de que los derechos del cónyuge supérstite para un caso como el presente son de la mitad de los bienes del causante en propiedad (art. 540 CC italiano), en vez de los dos tercios en usufructo que le corresponderían de acuerdo con el CC. Parece legítima la pretensión del demandante; en todo caso es comprensible en términos económicos. Sin embargo, el cónyuge supérstite desliza un elemento —que se reserva para el futuro— de singular importancia: su preterición en el testamento del que trae causa la institución de heredero y correspondientes operaciones particionales y sus efectos. Efectivamente, en el testamento nada se dice de los derechos del cónyuge, puesto que tal cónyuge no existía en el momento del otorgamiento. Es una preterición no voluntaria con un tratamiento que podría ser distinto en el CC y en el CC italiano. El cónyuge supérstite desliza de pasada que tanto en el CC como en el CC italiano dicha preterición conllevaría la nulidad de la institución testamentaria y la apertura de la sucesión intestada en la que, por cierto, el cónyuge saldría aún más beneficiado en cualquiera de los dos casos. No parece ser esa la consecuencia ni del art. 814 CC ni del art. 553 CC italiano, pero la verdad es que en términos hipotéticos podría darse una situación en la que ley rectora de los efectos del matrimonio (9.8 *in fine* CC) y ley sucesoria (9.8 CC) llevasen a supuestos diversos. Ello plantea la pregunta sobre la «ley aplicable a la preterición del cónyuge legitimario» por decirlo de una forma gráfica. La respuesta no es fácil. Por un lado, existe una natural vocación de la ley sucesoria para regular los supuestos de preterición o desheredación, como mecanismos típicos de protección de la legítima, ya que también la legítima tiene una vocación natural a ser regulada por la ley sucesoria. Pero por esa misma razón (preterición como mecanismo de protección de la legítima) siendo el cónyuge supérstite legitimario e incluyéndose sus derechos en el ámbito del art. 9.8 *in fine* CC, es la ley allí determinada la que habrá de determinar la existencia y efectos de la preterición del cónyuge respecto de sus derechos. Los derechos del cónyuge supérstite vendrían en un *pack* con sus mecanismos de protección a ellos vinculados. Obviamente, esta es una solución que podría ser operativa en un caso como el que dio lugar a la STS que anotamos, pero que resultaría mucho más compleja en supuestos en los que, por ejemplo, hubiese una doble preterición del cónyuge y de otro legitimario.

El otro aspecto que me resulta interesante es la defensa sobre la base de la doctrina de los actos propios: la demandante había participado en la escritura que impugna y además habría dispuesto de parte de los bienes a ella adjudicados. El TS ventila la objeción en el párrafo transcrito sobre la base de la comprensión doméstica (jurisprudencia sobre casos internos y ni siquiera sucesorios) de dicha doctrina: pienso que lo correcto hubiera sido acudir a la ley sucesoria italiana para saber el alcance de dichos actos propios.

4. Por último, resulta interesante contrastar la solución del TS con la prevista por el Reglamento 650/2012. En términos de normativa aplicable, la ley sucesoria sería la española, en calidad de ley de la última residencia habitual del causante (art. 21.1 del Reglamento), siendo ésta aplicable en su integridad a la totalidad de la herencia sin que cupiese realizar ninguna matización sobre los derechos sucesorios del cónyuge superviviente como algo distinto. Los datos del caso parecen conducir también a la aplicación del Derecho común [art. 36.2.a) del Reglamento], dado que el causante tuvo su última residencia habitual en Benalmádena (Málaga). Esta solución no se vería comprometida por la existencia de una ley más estrechamente vinculada (art. 21.2 del Reglamento) pues tanto la duración de la residencia cuanto la localización de la totalidad de los bienes de la herencia conducen a España. La única salvedad a esta solución pasaría por estudiar si en el testamento se elegía la ley italiana (algo improbable por la fecha y el lugar donde presuntamente pudo otorgarse: dicen los hechos que el causante vivió «desde sus primeros años en Benalmádena, donde desarrolló toda su actividad personal y empresarial») o resultaba de forma cierta del testamento una tal elección (mención de preceptos del CC italiano, mención de instituciones típicas y exclusivas de la ley italiana...). Curiosamente, para este cónyuge superviviente Reglamento y CC llegarían a la misma solución en este caso.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*
Universidad de Santiago de Compostela

3.5. Dimensión interna del sistema de Derecho internacional privado

2014-32-Pr

**PLURILEGISLACIÓN CIVIL.—PAREJAS DE HECHO.—Pensión de viudedad.—
Ley aplicable.—Efectos privados y públicos.—Vecindad civil.**

Preceptos aplicados: art. 174.3 LGSS, art. 14 CE y art. 149.1.17CE.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 40/2014, de 11 de marzo. Pleno.
Presidente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

F.: BOE núm. 87, de 10 de abril de 2014.

El día 15 de febrero de 2011 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Constitucional un escrito de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de 14 de diciembre de 2011 por el que se acuerda plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto DER2013-43391-R, financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y el FEDER.